

JURISPRUDENCE EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS ET EXIGENCES DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

Jean-Yves CHÉROT

Volume 110, numéro 2, septembre 2008

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1045556ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1045556ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (imprimé)

2369-6184 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

CHÉROT, J.-Y. (2008). JURISPRUDENCE EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS ET EXIGENCES DE SÉCURITÉ JURIDIQUE. *Revue du notariat*, 110(2), 665–684. <https://doi.org/10.7202/1045556ar>

JURISPRUDENCE EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS ET EXIGENCES DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

Jean-Yves CHÉROT*

I. INTRODUCTION	667
II. LE RAPPORT DU JUGE À LA LOI.	668
III. LA RELATION DU JUGE À LA JURISPRUDENCE.	669
IV. LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE EN PAYS DE <i>CIVIL LAW</i>	675
V. LA JURISPRUDENCE ET LA SCIENCE DU DROIT	678
VI. LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE DANS UN SYSTÈME DE <i>CIVIL LAW</i>	679

* Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille 3, Laboratoire de théorie du droit <[www.labotheoriedu droit.univ-cezanne.fr](http://www.labotheoriedu.droit.univ-cezanne.fr)>.

I. INTRODUCTION

En droit privé français, comme dans les pays de *civil law*, la règle jurisprudentielle n'a pas « un mode d'existence régulé par une norme juridique supérieure »¹ ; il n'existe tout simplement pas de méthodologie officielle de la jurisprudence, de ses fondements, de sa portée, de sa force et de son interprétation. C'est une différence avec ce qui se passe dans les systèmes de *common law* qui connaissent une méthodologie générale de la création du droit par le juge et de l'application de ce « judge made law ».

Naturellement, il serait possible de renvoyer dos à dos les méthodes officielles des systèmes de *common law* et l'absence de méthodes officielles ou la simple approche académique dans les systèmes de *civil law*. Les méthodes officielles des uns et les approches académiques des autres ne font-elles pas la part trop belle au formalisme et à la croyance dans un système de droit fondé sur les règles ? La liberté démontrée du juge à l'égard des règles, qu'elles trouvent leurs sources dans les lois ou dans les précédents, serait destructrice de toute méthodologie juridique formaliste.

Mais il convient de distinguer la liberté du juge de créer du droit au moment de faire application des textes ou des précédents et la thèse du scepticisme à l'égard d'un système de droit fondé sur des règles. C'est que l'on passe d'une thèse à l'autre parce qu'on oublie les conditions réelles de fonctionnement de la décision judiciaire.

1. Voir Mathieu DEVINAT, *Étude de méthodologie juridique comparée sur la règle prétorienne en droit civil français et dans la common law canadienne*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. Laboratoire de théorie du droit, 2005. Mathieu Devinat écrit que dans le système du droit civil français, « à la différence de la loi, la règle jurisprudentielle ne connaît pas un mode d'existence régulé par une norme supérieure ». De telle sorte que « la prétention qu'il existe des règles jurisprudentielles devait amener les acteurs du droit à s'interroger sur ce qui, dans la production judiciaire, est susceptible de provoquer l'émergence d'une règle. C'est d'ailleurs ce que fit la communauté juridique française. Après avoir reconnu le caractère normatif de la jurisprudence, cette dernière s'est attelée à la tâche fondamentale de définir une méthode correspondant à cet objet nouveau. Pour cette raison, les modalités d'existence et de mise en œuvre de la règle jurisprudentielle ne relèvent pas d'un encadrement d'origine étatique, mais elles dépendent essentiellement d'un discours hétéroclite et changeant, celui des artisans du droit, c'est-à-dire les juristes » (p. 2).

C'est en considération de ces conditions réelles de fonctionnement de la décision judiciaire que les thèses « réalistes », qui ont dénoncé le formalisme juridique, ont voulu mieux saisir le fonctionnement du droit. Mais l'affirmation de la liberté du juge et d'un système de droit fondé sur sa volonté rencontre à son tour l'épreuve de la réalité du fonctionnement de la décision judiciaire. Il serait absurde que les théories de l'adjudication judiciaire méconnaissent l'épreuve de la réalité du fonctionnement judiciaire. Si la liberté du juge existe, c'est selon l'expression employée par Michel Troper², une « liberté théorique ». Contre les excès des thèses « réalistes » ou « anti-formalistes », Hart a rappelé que la règle de droit est un guide de l'action et un instrument d'évaluation des conduites et qu'elle ne peut fonctionner si, au moins, les « officiels », notamment les juges, l'acceptent en tant que telle dans sa fonction normative en cherchant à la faire fonctionner de la façon la plus cohérente avec les attentes, et que si la « texture ouverte du langage » est une source de pouvoir pour l'interprète, elle ne menace pas le droit comme système de règles³. Une bonne théorie du droit fonde ainsi l'intérêt de la méthodologie juridique.

Du point de vue de la sécurité juridique, compte tenu de la marge importante de liberté du juge par rapport à la loi, c'est, plutôt que sur ce rapport à la loi, sur le rapport du juge à la jurisprudence qu'il convient de faire porter l'examen III tout en l'éclaircissant grâce à l'examen critique de la relation de la jurisprudence avec la doctrine IV et, en allant plus loin encore, avec l'examen des relations entre jurisprudence et science du droit V. Nous pourrions alors entreprendre quelques observations finales sur la question du revirement de jurisprudence dans un système de *civil law* VI. Nous voulons cependant commencer par rappeler succinctement le rapport du juge à la loi II.

II. LE RAPPORT DU JUGE À LA LOI

Le rapport du juge judiciaire avec la loi n'échappe pas à des exigences nombreuses et contrastées. Les méthodes d'interprétation de la loi sont toutes officiellement orientées vers la recherche de la volonté ou de l'intention du législateur. Le recours à l'interprétation

2. Voir notamment Michel TROPER, « Une théorie réaliste de l'interprétation », dans M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., Coll. Léviathan, 2001, p. 69.

3. Voir aussi sur ce point le rapport de Pierre-André CÔTÉ, Actes du Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, *Sécurité juridique/legal certainty*, Sherbrooke, les 24-27 octobre 2007.

n'est, selon une vieille théorie judiciaire, d'ailleurs largement partagée, nécessaire que si le texte de la loi n'est pas clair. Si l'interprétation est nécessaire, il convient d'abord selon les thèses du droit continental (mais se répand aussi pour l'interprétation du *statute law* dans les systèmes de common law) de se reporter pour découvrir l'intention du législateur aux travaux préparatoires pour y trouver dans le cas à trancher la solution éventuellement envisagée par le législateur. Si les travaux préparatoires ne sont pas de nature à déterminer la solution, le juge doit alors recourir à la recherche de l'intention supposée du législateur par le recours aux objectifs et aux finalités de la loi ou par une approche systémique. Ce tableau doit prendre en considération le cas des textes par lesquels le législateur a transféré au juge, notamment parce qu'il a employé des notions larges renvoyant à des standards ou utilisé une formulation doctrinale, un pouvoir de création ou souhaité partager avec lui le pouvoir de création du droit ou encore les cas où il faut que le juge procède à une interprétation conforme aux principes constitutionnels et aux droits fondamentaux contenus dans des conventions internationales ou, dans les pays membres de l'Union européenne, aux normes communautaires.

Ces méthodes laissent au juge une large marge de manœuvre. C'est le juge qui décide si le texte est clair, si le recours aux travaux préparatoires est pertinent, tandis que le recours à la finalité et aux objectifs de la loi ou à la cohérence d'un texte lui procure par nature une large marge d'appréciation dans la détermination du contenu des règles. Non seulement, il maîtrise l'articulation des méthodes d'interprétation, non seulement il peut se donner en passant au stade de l'interprétation téléologique ou systémique une marge de manœuvre, mais encore par le biais de la qualification des faits il peut choisir les réglementations sous lesquelles placer sa décision.

III. LA RELATION DU JUGE À LA JURISPRUDENCE

Compte tenu de la marge importante de liberté du juge dans la création de la règle dans l'opération d'interprétation de la loi, si l'on souhaite se placer du point de vue de la sécurité juridique, ce qu'il faut regarder en priorité, c'est le rapport du juge à ses propres arrêts. L'aptitude de ces arrêts à former un ensemble de solutions cohérentes et constantes est au cœur de la question de la sécurité juridique. Parler de la « jurisprudence » risque de ne pas faire avan-

cer les choses. Elles se compliquent, comme le dit Christian Atias⁴, lorsque l'on veut faire de la « jurisprudence » une source du droit. Si l'on tente de surmonter le risque qu'il annonce d'une « vaine discussion », c'est que l'on peut tenter d'avancer en distinguant les différentes notions au sein de la très grande étendue de définitions de l'usage du terme. Le vocabulaire Henri Capitant dénombrait sept acceptions de la notion de jurisprudence autour de trois grandes séries de définitions :

- l'ensemble des décisions de justice
- l'ensemble des solutions de la cour de cassation
- la science du droit

La jurisprudence est plus qu'une collection, c'est l'ensemble des solutions convergentes sur une question de droit, et plus encore la systématisation doctrinale ou dogmatique sous-jacente à la collection des décisions de la Cour suprême.

Il doit être clair, pour aller à l'essentiel, que la jurisprudence telle que nous l'entendons ici n'est pas l'ensemble des décisions de justice mais bien l'ensemble des solutions de la Cour de cassation et que nous parlons du rapport du juge à la jurisprudence de la Cour de cassation et plus précisément du rapport de ce même juge à sa propre jurisprudence. Une conception centralisée de la jurisprudence pourrait être contestée au nom de la thèse selon laquelle la liberté des juges, de tous les juges, vaut pour toutes les règles, qu'elles soient posées par le législateur ou par la Cour suprême. Mais une telle appréciation serait méconnaître la différence dans le rapport entre le juge et la loi et le juge, y compris ceux des cours d'appel, et la Cour suprême⁵ et même les mécanismes de régulation

4. Christian ATIAS, « D'une vaine discussion sur une image inconsistante : la jurisprudence en droit privé », *Rev. trim. Dr. civ.* 2007.23.

5. Le président de la Cour de cassation a souligné (*Les Échos*, 18 avril 2008) qu'il souhaitait « améliorer le dialogue avec les juges du fond, c'est-à-dire faire en sorte que la Cour de cassation ne soit pas uniquement celle qui casse, qui annule les décisions, mais qui puisse leur apporter en amont une aide. Cela passe, là encore, par l'informatique. » La Cour de cassation a en effet mis en place « Jurica », une base de données de toutes les décisions des cours d'appel. Le président de la Cour de cassation précise que « les juridictions de second degré pourront ainsi, type de contentieux par type de contentieux, connaître l'ensemble des arrêts rendus. Cela contribuera à une meilleure application uniforme de la loi sur l'ensemble du (à suivre...)

entre les chambres au sein de la Cour suprême. Les relations entre les juges sont organisées institutionnellement, d'une façon permanente sur le plan procédural, ce qui n'est pas le cas des relations entre les juges et le législateur (il n'y a plus de référé législatif).

De telle sorte que la question de la sécurité juridique dans l'œuvre jurisprudentielle conduit à poser principalement la question de ce que peut être cette collection des décisions ou des solutions de la Cour de cassation du point de vue du justiciable et du rapport que la Cour de cassation peut avoir avec sa propre jurisprudence. Il est aisé d'imaginer que la cour suprême va s'attacher, dans le souci d'assurer la légitimité de son action, au respect de ses propres interprétations en tant que précédents et qu'au sein même de la haute juridiction des mécanismes sont mis en place pour contrôler le risque de déviation par rapport à une ligne cohérente et constante.

Il est traditionnel d'opposer la portée des règles qui résultent de l'interprétation du droit écrit dans les pays de droit civil et la portée des règles issues des arrêts des tribunaux dans les pays de common law, qu'il s'agisse, dans des pays de common law, aussi bien des règles de la common law que des règles issues des interprétations du droit écrit. La méthodologie de la common law ou du précédent autour du principe plus ou moins formel du *stare decisis*⁶ est à l'opposé de la méthodologie du *civil law*, ne serait-ce que parce que cette dernière méthodologie, à la différence de celle de la common law, n'est pas officielle et qu'elle est surtout évoquée dans le travail de la doctrine⁷. Comme l'avaient écrit Aubry et Rau, « quelle que soit

(...suite)

territoire national. » On ne sait si c'est la diffusion entre les cours d'appel de leur « jurisprudence » qui compte le plus ou le moyen d'assurer une meilleure régulation des activités des cours d'appel par rapport à la seule « jurisprudence » qui mérite ce nom, celle de la Cour de cassation. Peut-être peut-on relever que la base « Jurica » n'est pas accessible au public ; elle n'est pas versée, du moins au moment où l'on écrit, dans le site ouvert au public qu'est Legifrance.

6. Mathieu DEVINAT (*op. cit.*, note 1) rappelle que « la méthode de common law est principalement encadrée par une série de directives qui sont apparues au cours du XIX^e siècle et dont l'origine est essentiellement judiciaire. Associés à la maxime *stare decisis*, ces principes ont à la fois pour objet de préciser quels sont les arrêts qui doivent être tenus pour obligatoires, et d'indiquer exactement leur portée. » Il ajoute que « l'attitude des juges à l'égard des précédents a longtemps été marquée par cette méthodologie qui, jusqu'au milieu du XX^e siècle, semblait immuable et rigide. Il a donc fallu une déclaration de la Chambre des Lords, prononcée en 1966, selon laquelle elle s'autorisait dorénavant à écarter ses arrêts antérieurs pour que le monde de la common law subisse une profonde transformation » (thèse précitée, p. 4).

7. Voir *infra*, note 1.

l'autorité qui s'y attache, et alors même qu'elle serait constante sur tel ou tel point de droit, la jurisprudence ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens et les tribunaux »⁸. Le refus officiel par la Cour de cassation du modèle du précédent a été énoncé par elle de la façon la plus ferme. Elle ne cite d'ailleurs jamais ses propres décisions⁹ et n'y fait surtout pas référence dans les visas de ses arrêts¹⁰. Devant les demandes qui lui étaient faites de respecter les interprétations existantes au moment des faits, elle a jugé que « la sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »¹¹.

8. Charles C. AUBRY et Charles C. RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e éd., t. 1, Paris, 1869, p. 129, note 76.

9. Voir André PERDRIAU, « L'arrêt de la Cour de cassation », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse* (t. 23), t. 23, 1975.5. La référence à l'interprétation jurisprudentielle d'un texte se fait en général de façon codée lorsque la Cour au lieu de faire référence « aux termes » d'un code ou d'un texte cite un code ou un texte « dont il résulte ». Cette attitude entourant la source jurisprudentielle vaut aussi, mais avec des nuances, lorsqu'il s'agit de faire jouer la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'interprétée par la Cour européenne. Toutes les méthodes ont été utilisées, y compris en mentionnant que l'article de la Convention est appliqué tel qu'interprété par la Cour européenne et y compris en mentionnant parfois l'arrêt lui-même de la Cour, et alors même que dans l'espèce il n'avait qu'une autorité de chose interprétée, mais le plus souvent la Cour de cassation renvoie au seul texte de la Convention (Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit français », dans *Mélanges Gautron*, Paris, Pedone, 2004, p. 155).

10. La méthode des visas dans les arrêts de la Cour de cassation n'a pas la fonction informative sur les arguments qu'elle peut avoir dans la méthode des visas dans les décisions du Conseil constitutionnel ou du Conseil d'État. Une mention d'un arrêt dans les visas témoignerait qu'il fonde la décision, ce qui est impossible. La présence aux visas des arrêts n'est prévue que dans des cas très spécifiques soit d'un arrêt qui fait suite à un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes, soit dans une procédure de réexamen des décisions en matière pénale faisant suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) dans l'affaire en cause. Cependant, pour une mention au visa d'un arrêt de la chambre sociale d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire par ailleurs non concernée par l'arrêt de la Cour européenne, voir les interprétations possibles d'une telle méthode dans le cas en cause par Pascale DEUMIER, « Sources du droit en droit interne », *Rev. trim. dr. civ.* 2007.536.

11. Voir par exemple, Civ. 1^{re}, 21 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 97, p. 65, D. 2000.593, note C. ATIAS, ou encore Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, C.J.E.G. janv. 2002, *Franck Y c. X et autres*, CJEG, p. 10, n° 583, avec le rapport de Pierre SARGOS.

Une telle formule est apparue *a posteriori* inutilement provocatrice¹², la réalité étant bien le respect par la Cour de cassation de sa jurisprudence, sauf circonstances exceptionnelles lui commandant de la faire évoluer. Le juge suprême, sans s'interdire de modifier la règle jurisprudentielle, est conscient, même s'il ne le dit pas, qu'il n'est en droit de le faire que dans ces cas exceptionnels. La Cour de cassation est tout aussi sensible à la légitimité sur laquelle est construite son autorité dans une société fondée sur le droit que peut l'être par exemple la Cour suprême des États-Unis¹³. Les mêmes raisons, qui commandent l'utilisation de la méthodologie de la common law dans l'interprétation de la Constitution ou de la loi par la Cour suprême des États-Unis, commandent aussi le respect de la règle jurisprudentielle comme un précédent dans l'interprétation de la loi par la Cour de cassation. Certes, les auteurs qui forment ce

12. C'est ce que reconnaît Pierre Sargos dans son article « L'horreur économique dans la relation au droit (libres propos sur le « rapport sur les revirements de jurisprudence ») », *Droit social*, 2005 :2.123.

13. Voir l'opinion majoritaire des juges O'Connor, Kennedy et Souter dans l'affaire *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, (1992) 505 U.S. 833, 864 sur la nécessité pour la Cour de respecter les précédents. « In the present case, however, as our analysis to this point makes clear, the terrible price would be paid for overruling. Our analysis would not be complete, however, without explaining why overruling Roe's central holding would not only reach an unjustifiable result under principles of stare decisis, but would seriously weaken the Court's capacity to exercise the judicial power and to function as the Supreme Court of a Nation dedicated to the rule of law. To understand why this would be so, it is necessary to understand the source of this Court's authority, the conditions necessary for its preservation, and its relationship to the country's understanding of itself as a constitutional Republic. [...]. In two circumstances, however, the Court would almost certainly fail to receive the benefit of the doubt in overruling prior cases. There is, first, a point beyond which frequent overruling would overtax the country's belief in the Court's good faith. Despite the variety of reasons that may inform and justify a decision to overrule, we cannot forget that such a decision is usually perceived (and perceived correctly) as, at the least, a statement that a prior decision was wrong. There is a limit to the amount of error that can plausibly be imputed to prior courts. If that limit should be exceeded, disturbance of prior rulings would be taken as evidence that justifiable reexamination of principle had given way to drives for particular results in the short term. The legitimacy of the Court would fade with the frequency of its vacillation.

That first circumstance can be described as hypothetical ; the second is to the point here and now. Where, in the performance of its judicial duties, the Court decides a case in such a way as to resolve the sort of intensely divisive controversy reflected in Roe and those rare, comparable cases, its decision has a dimension that the resolution of the normal case does not carry. It is the dimension present whenever the Court's interpretation of the Constitution calls the contending sides of a national controversy to end their national division by accepting a common mandate rooted in the Constitution. »

qu'on appelle en France la doctrine semblent plus préoccupés par la correction des « erreurs » que par la stabilité du précédent¹⁴. Le discours doctrinal français est très différent du discours judiciaire entendu traditionnellement dans les pays de common law, mais on peut se demander si les juges français partagent l'analyse de la doctrine française sur ce point. Dans la réalité, les préoccupations des juges des pays de common law et des pays de droit civil sont proches. La Cour de cassation pourrait faire sienne l'analyse par laquelle la Cour européenne des droits de l'homme souligne que « sans être tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, la Cour considère qu'il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motifs valables des précédents »¹⁵.

La différence entre pays de common law et pays de *civil law* réapparaît dans les méthodes d'utilisation de la jurisprudence et dans les méthodes de détection du précédent. Dans les pays de *civil law*, le juge ne peut renvoyer directement à la solution adoptée dans un cas pour justifier une solution retenue dans un autre litige. C'est par l'entremise d'une interprétation de ses propres décisions éclairée par la volonté d'affirmer une politique jurisprudentielle claire que le juge peut, sans d'ailleurs le faire apparaître officiellement dans la motivation de sa décision, construire une jurisprudence au sens d'un ensemble cohérent de décisions et faire vivre une certaine stabilité juridique et satisfaire les attentes légitimes des justiciables. Puisque le précédent n'apparaît pas directement dans les références normatives de la décision, il ne peut être repéré

14. Aubry et Rau soulignent encore que « quelle que soit l'autorité qui s'y attache, [...] la décision judiciaire ne forme jamais une règle juridiquement obligatoire pour les citoyens ou pour les tribunaux [...] et il est du devoir du juge de ne pas se laisser arrêter par des précédents dont la doctrine ou l'expérience lui aurait démontré l'erreur ou les inconvénients » (*op. cit.*, note 8, p. 129, note 76). Mais cet équilibre que veut la doctrine est-il entendu par les juges et les praticiens ?

15. C.E.D.H. 12 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, aff. 27238/95, § 70. Dans l'affaire *Cossey c. Royaume-Uni* (27 septembre 1990, req. n° 10843/84), la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà dit que « la Cour ne se trouve pas liée par ses décisions antérieures ; l'article 51 (1) de son règlement le confirme d'ailleurs. Elle a toutefois coutume d'en suivre et appliquer les enseignements, dans l'intérêt de la sécurité juridique et du développement cohérent de la jurisprudence relative à la Convention. Cela ne l'empêcherait pourtant pas de s'en écarter si des raisons impérieuses lui paraissaient le demander. Un tel revirement pourrait, par exemple, se justifier s'il servait à garantir que l'interprétation de la Convention cadre avec l'évolution de la société et demeure conforme aux conditions actuelles (voir, notamment, l'arrêt *Inze* (sér. A. 28 octobre 1987, n° 126, p. 18, par. 41)). »

qu'indirectement par la mise en évidence d'une politique jurisprudentielle ou d'une « doctrine » de la Cour de cassation. C'est la politique jurisprudentielle et la doctrine de la Cour de cassation qui font que la jurisprudence est plus qu'une collection de décisions, mais un ensemble coordonné ou du moins qu'elle peut l'être et qu'elle rejoint ainsi une des définitions de la jurisprudence retenue par Dalloz au milieu du XIX^e siècle et qui est celle de l'uniformité des décisions judiciaires sur un point de droit quelconque. C'est elle qui, parce qu'elle « a vocation à relier entre elles les décisions passées et les décisions futures [...] assure donc la prévisibilité du droit jurisprudentiel alors même que notre système ne reconnaît pas l'existence, la cohérence et la constance de la jurisprudence. En quelque sorte, la politique jurisprudentielle supplée à l'absence d'autorité du précédent, puisqu'elle opère en soubassement, source réelle de la jurisprudence¹⁶. »

IV. LA JURISPRUDENCE ET LA DOCTRINE EN PAYS DE CIVIL LAW

Le lien est fait naturellement, du fait des conditions dans lesquelles peut se réaliser la détection de la règle jurisprudentielle dans les systèmes de *civil law*, entre doctrine et jurisprudence.

En France et plus généralement dans les pays de droit civil, la méthode même du juge et le style des arrêts donnent à la doctrine une place naturelle dans la révélation de l'œuvre jurisprudentielle et lui ménagent presque automatiquement une place dans la reconnaissance et l'efficacité de la jurisprudence, mis à part le cas, finalement assez rare, où le juge suprême édicte expressément de façon visible une règle générale. Philippe Malaurie observe que « pour identifier la véritable *ratio decidendi*, c'est-à-dire les circonstances qui conditionnent la solution du cas, il faut avoir un art que le juriste français semble bien posséder. En effet, le libellé du jugement ne situe jamais celui-ci par rapport à ses propres précédents, il ne dit jamais si et pourquoi il modifie la règle précédente, il ne spécifie pas les faits qui auraient pu amener les juges à rendre une décision différente. Le poids de la doctrine constitutionnelle officielle, qui nie à la jurisprudence un rôle de source de droit, le principe procédural qui nie l'efficacité contraignante du précédent jurisprudentiel, le poids enfin de la tradition historique hostile à une jurisprudence libre,

16. Guy CANIVET et Nicolas MOLFESSIS, « La politique jurisprudentielle », *Mélanges en l'honneur de Jacques Boré*, Paris, Dalloz, 2007, p. 79.

jouent ici leur rôle, en obligeant les juges à exprimer leurs propres jugements dans un style fragmentaire. Le jugement parle un langage qui ne se lit pas immédiatement comme une règle de droit ; c'est à la doctrine que revient la tâche de formuler la règle, reliant les différents jugements, mettant en relief les limites et les exceptions à la règle énoncée¹⁷. »

Les travaux de l'Association Henri Capitant, en 1980 sur *les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges* (précités), ont été, de ce point de vue, passionnants. Antonio Gambaro¹⁸ observe qu'il « faut souligner que la jurisprudence réussit difficilement à exprimer toute seule ses propres tendances sous une forme qui en fasse un moyen de connaissance facilement transmissible. C'est à la doctrine que revient la tâche de prêter ses propres instruments de communication, qui ont toujours été forgés précisément dans le but de transmettre la connaissance du droit sous la forme que l'on a peu à peu considérée comme la plus appropriée. Si les auteurs se refusent à accomplir ce devoir, la voix de la jurisprudence risque de s'éteindre en un bref laps de temps, ou bien l'évolution de la jurisprudence suivra un parcours souterrain qui ne pourra manquer de déviations et de sinuosités ». Philippe Malaurie dans le rapport français aux mêmes travaux souligne qu'il « s'est établie une affinité élective entre les auteurs – naturellement savants – et la jurisprudence – inéluctablement complexe. Une des activités importantes de la doctrine consiste à tirer de la casuistique des arrêts des règles générales et cohérentes – un système juridique. Apparaît ainsi entre doctrine et jurisprudence une simultanéité d'intérêts, un parallélisme de rôles : toutes les constructions jurisprudentielles sont contemporaines des grandes constructions doctrinales » (*op. cit.*, note 17). « La jurisprudence devient sujet d'analyse doctrinale et, réciproquement, la doctrine constitue un facteur d'influence jurisprudentielle » (*op. cit.*, note 17). Il ajoute : « Ce parallélisme traduit peut-être une réalité plus profonde : la jurisprudence, davantage encore que la loi, ne constitue une source effective du droit *que si la doctrine en a connu*. Il faut même franchir un pas de plus : une divergence de jurisprudence, un flottement de jurisprudence, et même un revirement de jurisprudence auxquels la doctrine ne s'est pas intéressée n'existent pratiquement pas ». « Naguère M. Maury

17. Philippe MALAURIE, « Rapport français », dans les Travaux de l'Association Henri Capitant, *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, Paris, Economica, 1982, p. 83.

18. « Rapport italien », dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *op. cit.*, note 17, p. 117.

avait dit que l'assentiment des juristes était la condition nécessaire pour que la jurisprudence soit vraiment une source de droit (J. Maury, « Observation sur la jurisprudence en tant que source du droit », Étude Ripert, I., p. 28 s.), mais il faut surtout qu'il y ait eu information, communication, intelligibilité – ce qui est la mission même de la doctrine » (*op. cit.*, note 17).

Philippe Jestaz observe en adoptant un angle un peu différent, qui est celui du constat du rôle que la science du droit privé dans les facultés de droit a fait jouer à l'étude des arrêts de la Cour de cassation, qu'en France la doctrine est tellement « agrippée » à la jurisprudence qu'il avoue avoir de la peine à les distinguer. Il fait observer que « par ce mot de jurisprudence, je crois qu'inconsciemment nous entendons aussi le droit d'origine jurisprudentielle, c'est-à-dire non pas seulement une collection de précédents mais, plus globalement, une dogmatique édifiée à partir des solutions jurisprudentielles et disséminée dans les recueils de jurisprudence. En d'autres termes, la jurisprudence est-elle seulement l'œuvre des tribunaux ou n'est-elle pas plutôt cette œuvre telle que vue, commentée et transfigurée par la doctrine¹⁹ ? »

De telles présentations, du moins en ce qui concerne le cas français, ne vont pas sans un certain excès, ou du moins elles manquent des nuances nécessaires. La description de l'œuvre jurisprudentielle par la doctrine, non dénuée par ailleurs de choix entre les décisions et de précisions dans leurs interprétations, peut enfermer les juges, compte tenu par ailleurs de leur propre faiblesse d'expression de type doctrinal et politique, dans un canevas directif. Il n'en reste pas moins que le juge est en mesure de ne pas se laisser dicter sa politique jurisprudentielle. Il ne manque pas une certaine distance entre la doctrine académique et la doctrine des juges de la Cour suprême (sachant par ailleurs que ni les uns ni les autres ne forment des blocs uniformes et que la référence à « la » doctrine qu'elle soit celle des professeurs de droit ou qu'elle soit celle des juges provient d'un biais). La doctrine des facultés de droit pêche parfois, pas toujours, mais peut-être plus souvent que la doctrine des juges, par un excès de formalisme, de généralisation ou de conceptualisation. L'œuvre jurisprudentielle n'est pas nécessairement une œuvre partagée par le juge et la doctrine académique.

19. Philippe JESTAZ, « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », D. 1989.chr.XXIII.

V. LA JURISPRUDENCE ET LA SCIENCE DU DROIT

Une telle proximité de la jurisprudence et de la doctrine ou ce que Philippe Malaurie nomme leur « affinité élective » est peut-être plus qu'un simple effet de la difficulté de la jurisprudence des arrêts de se révéler à elle-même sans le secours académique. La politique jurisprudentielle peut apparaître comme une œuvre proche de la science du droit, c'est-à-dire d'une œuvre faite plus d'approfondissements de type scientifique d'un système juridique que de création de nouvelles règles politiques dans le cadre de la résolution de conflits d'intérêts.

L'interrogation n'a de sens que si l'on ne parle pas de cette science du droit faite du point de vue externe aux acteurs et répondant aux critères du positivisme et qu'on se situe du côté de la science du droit qui désigne ce mélange de description et de prescription d'une doctrine décrivant le droit autant qu'elle participe à l'entreprise juridique elle-même²⁰. Il est de ce point de vue possible de comparer la politique jurisprudentielle à une telle science du droit. Il n'y a pas nécessairement une opposition entre les deux termes, dès lors que l'on adopte ou que l'on retient une conception de la jurisprudence comme une œuvre dont les progrès ou les évolutions ou les changements relèvent d'un approfondissement proche de la recherche scientifique, avançant, compte tenu d'objectifs relativement fixes, dans un rapport scientifique avec les données économiques et sociales du droit, et faite d'expériences, d'essais et d'erreurs. La méthode incrémentale utilisée dans l'évolution jurisprudentielle qui procède le plus souvent par « petits pas » est souvent elle-même explicitement ou implicitement mise en relation avec cette conception de l'œuvre jurisprudentielle.

La question est cependant de savoir si c'est comme cela que l'on peut concevoir l'œuvre jurisprudentielle. Un changement de type incrémental n'est pas nécessairement un changement dans une direction fixée à l'avance, selon un schéma prévisible²¹. De façon plus générale, on peut se demander si une telle présentation de la jurisprudence ne reflète pas un intérêt propre de la doctrine à revendiquer le caractère scientifique de la jurisprudence pour accroître

20. Voir Michel BOUDOT, « La doctrine de la doctrine de la doctrine ... : une réflexion sur la suite des points de vue méta-...- juridiques », *Rev. Interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 59, 2007.35.

21. Voir sur ce point notamment Jill E. FISCH, « Retroactivity and Legal Change : an Equilibrium Approach », 110 *Harv. L Rev.* 1055 (1997).

son propre pouvoir ou tenter de le construire. Comme on peut aussi se demander, avec Xavier Lagarde, si une telle présentation de la jurisprudence n'est pas datée. Il fait observer que « lorsque le juge travaillait avec peu de textes et que ceux auxquels il appliquait le code civil, les propriétaires, constituaient un corps social relativement homogène ou, à tout le moins un ensemble au sein duquel les clivages étaient à peu près connus, il devait alors exister un sens commun de la règle propre à limiter les incertitudes. En tous cas, les occasions de discordes interprétatives étaient à peu près connues de telle sorte que les réelles surprises demeuraient des espèces rares. On ne parlait d'ailleurs pas d'insécurité juridique²². » Le changement en droit, y compris le changement judiciaire peut être confronté à des conflits politiques, non réductibles à une analyse de type scientifique, ou même à une interprétation de principes généraux du droit ou à des équilibres stables dans la conciliation des intérêts. L'ouverture plus grande de la scène judiciaire à des intérêts divergents et la démocratisation du processus de l'adjudication du droit ne sont pas étrangères à « la montée de l'incertitude ».

VI. LE REVIREMENT DE JURISPRUDENCE DANS UN SYSTÈME DE CIVIL LAW

Théoriquement, il n'y a pas de précédent et donc pas non plus, en pays de *civil law*, ce que la méthodologie de common law appelle l'« *overruling* ». L'« *overruling* » est quelque chose comme une « annulation », un « abandon », une abrogation²³ d'un précédent et faute en pays de *civil law* de précédent, on ne peut y concevoir clairement ce que peut être un *overruling*. Bien plus, reconnaître l'*overruling*, c'est consacrer l'idée du précédent, ce qui est impossible.

Le « revirement de jurisprudence » est pourtant une réalité dans les pays de *civil law*, tout comme est une réalité, sous des formes différentes de la forme du précédent, l'existence de règles d'origine jurisprudentielle. Il faut ajouter qu'il est d'autant plus facile de connaître des revirements par rapport à ces règles jurisprudentielles que le précédent n'existe pas formellement. Ce n'est pas un paradoxe, mais le précédent implique ou peut impliquer naturellement une autre doctrine, celle du *stare decisis*. Comme le relève

22. « Jurisprudence et sécurité juridique », D. 2006.chr.678.

23. Tous ces termes sont entre guillemets car nous n'avons pas, comme l'écrit Isabelle Rorive, le moindre mot en français pour désigner avec précision ce qu'est l'*overruling* (Isabelle RORIVE, *Le revirement de jurisprudence. Étude de droit anglais et de droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 2003).

Isabelle Rorive²⁴, c'est au moment même, au XIX^e siècle, dans le contexte de la reconnaissance doctrinale et officielle du pouvoir créateur du juge dans le système de common law anglais, où la Chambre des Lords construit la théorie du précédent que se crée, en même temps, la théorie du *stare decisis* et l'interdiction de principe de revenir sur le précédent.

On peut ajouter que le revirement de jurisprudence est placé sous le signe d'une certaine relativité ou « plasticité » (Philippe Malaurie). Nous pouvons retrouver à propos du revirement ce que nous disions à propos de la reconnaissance de la règle jurisprudentielle. Celle-ci se fait parfois avec le concours de la doctrine, avec toutes les sources de confusions que nous avons reconnues. La plasticité du revirement prend donc aussi en compte les aléas résultant de l'intervention de la doctrine dans la reconnaissance ou dans la détection du revirement. Philippe Malaurie avait fait remarquer²⁵ que « le revirement de jurisprudence est une notion parfois plastique, supposant une prise de conscience ou une volonté. Souvent, une différence de solutions, qui n'était peut-être que distinction tenant à des différences de fait, devient revirement de jurisprudence parce que la doctrine l'a dit ; souvent, à l'inverse, ce qui n'était peut-être que revirement de jurisprudence reste sans lendemain parce que la doctrine l'a méconnu. »

La question de la régulation dans le temps du revirement de jurisprudence met à jour ces difficultés et en révèle d'autres encore²⁶. Nous ne voulons pas ici nous interroger sur le risque que le revirement puisse comporter un réel danger pour les attentes légitimes des justiciables. Nous ne l'excluons pas, même si par ailleurs il est certain aussi que tout revirement ne comporte pas nécessaire-

24. *Op. cit.*, note 23.

25. Travaux de l'Association Capitant, *op. cit.*, note 17 (1980).

26. La question de la régulation dans le temps des revirements a fait récemment l'objet d'un intense débat en France à la suite notamment d'un rapport commandé par le président de la Cour de cassation à une Commission présidée par le professeur Nicolas MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence. Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, Litec, 2005. Puis, la Cour de cassation, d'abord (Ass. plén. 21 décembre 2006, *Journal Provençal*, n° 00-20493 ; D. 2007.835, note P. MORVAN ; *Rev. trim. dr. civ.* 2007.168, note Ph. THÉRY ; *Rev. trim. dr. civ.* 2007.72, note Pascale DEUMIER), le Conseil d'État, ensuite (Cons. d'Ét. Ass. 16 juillet 2007, *Sté Tropic travaux signalisation*, n° 291545), ont accepté, dans des cas exceptionnels, d'user de leur pouvoir juridictionnel pour réguler les effets d'un changement de jurisprudence dans le temps. L'objet de ce rapport n'est pas de rendre compte de la portée de ces deux arrêts.

ment une telle atteinte. La confiance légitime dépend de la nature de la règle, de la clarté et de la prévisibilité du droit avant l'adoption d'une nouvelle norme, de la façon dont les attentes à propos de la règle affectent la conduite primaire à laquelle la règle s'applique et le degré avec lequel ces attentes sont raisonnables²⁷. Quand la règle nouvelle est le résultat de la clarification par la cour d'un droit mal établi, par opposition à un revirement ou à un changement dans l'interprétation, il y a peu de raison de croire que les parties ont une confiance acquise dans aucune des formulations de la règle.

L'œuvre jurisprudentielle dans ces caractères d'œuvre de nature scientifique, y compris impliquant une politique jurisprudentielle, déjoue assez naturellement les risques et menaces à l'égard de la sécurité juridique. Comme de nombreux auteurs l'ont constaté, les cas les plus menaçants pour la sécurité juridique sont des hypothèses où précisément une jurisprudence cohérente n'existe pas ou pas encore ou n'existe plus et où l'incertitude sur la règle perturbe les comportements²⁸. C'est dans un tel contexte que parfois alors, une décision, même isolée, d'une cour inférieure peut avoir des conséquences normatives inattendues²⁹.

Les changements de jurisprudence revendiqués par la Cour de cassation peuvent n'être que des expressions d'une politique jurisprudentielle déjà suffisamment explicite et ils peuvent donc être attendus ou les éléments déjà attendus d'une construction scientifique. Le fait que la Cour de cassation ait jugé qu'un médecin ne peut être dispensé de son devoir d'information vis-à-vis de son patient par le seul fait que l'information porte sur un risque grave qui ne se

27. Voir J. E. FISCH, *loc. cit.*, note 21.

28. Jean RIVERO (« Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », A.J.D.A. 1968.16) avait exposé le problème dans des termes simples et efficaces. Après avoir rappelé le caractère rétroactif de la règle jurisprudentielle, il ajoutait que « bien entendu, ce schéma appelle des nuances. Il ne s'applique pleinement qu'aux décisions proprement novatrices : celles qui consacrent une règle nouvelle là où aucune ne s'applique, celles qui renversent une règle antérieure. Là où la décision met fin à l'incertitude du droit préexistant ou encore apporte le point final à une évolution dont chaque terme ne constitue pas, pris isolément, une modification du droit antérieur, le phénomène qu'on analyse s'estompe jusqu'à s'évanouir. »

29. « L'insécurité ne vient pas spécialement des revirements, elle tient essentiellement au fait même de l'œuvre prétorienne ; mais, si tel est le cas, c'est que le plus souvent, l'insécurité est antérieure à l'intervention du juge. Elle se niche dans les sources que ce dernier utilise : la loi et le règlement dont la compréhension, sinon la connaissance, sont souvent malaisées » (Xavier LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006.678).

réalise qu'exceptionnellement³⁰ et ait fait application de cette règle nouvelle à des faits qui s'étaient produits à un moment où la Cour n'avait pas encore abandonné la règle ancienne selon laquelle elle avait admis que le médecin ne commettait pas de faute s'il ne révélait pas à son patient un risque dont la réalisation est exceptionnelle, n'avait choqué personne. Il ne s'agissait après tout que d'une évolution qui pouvait être attendue, en liaison avec la montée en puissance de l'exigence constitutionnelle de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. L'application de la nouvelle jurisprudence a paru choquante uniquement, lorsque, compte tenu de l'état des délais de prescription, la première chambre civile de la Cour de cassation en a fait application dans un arrêt du 9 octobre 2001 à un cas qui s'était déroulé près de 25 ans avant que l'évolution jurisprudentielle ne soit enfin affirmée par la Cour de cassation et à une époque où l'état de la science n'était sans doute pas aussi bien fixé³¹.

Nous voulons surtout insister ici sur le fait que la question de la régulation dans le temps des revirements de jurisprudence a un effet de loupe sur la méthodologie de la jurisprudence dans un système de *civil law*, qu'elle en révèle les complexités et qu'elle peut posséder un effet de transmutation des méthodes. On doit d'abord observer que se poser la question de réguler dans le temps un revirement de jurisprudence implique, ce que l'on ne fait pas habituellement, de distinguer le revirement d'autres méthodes d'évolution de la jurisprudence (comme le « *distinguishing* »). Elle implique un repérage du revirement selon des méthodes proprement juridictionnelles et non plus selon les détections doctrinales. Paul Roubier avait souligné « l'impossibilité où l'on est de déterminer, avec une précision suffisante, le moment où la jurisprudence est fixée ; on ne peut, pour cette raison, assimiler le changement qui se produit dans le droit à un changement de loi³² ». Mais l'on peut sans doute dépasser cet obstacle. Ce que la régulation dans le temps du revirement de jurisprudence implique, c'est de faire une différence entre une simple évolution de la jurisprudence, un approfondissement, une distinction et un véritable changement de la règle dans un cas où elle a été fixée par la Cour suprême. Jusque-là rien d'impossible, ou du moins pas d'obstacles majeurs.

Mais certains obstacles plus difficiles à franchir se dressent. La régulation dans le temps du revirement de jurisprudence implique

30. Civ. 1^{re}, 7 octobre 1998.

31. Civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, *Franck Y*, D. 2001.3470, rapp. Sargos, note Thouvenin.

32. Paul ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, t. 1, Paris, Sirey, 1929, p. 27.

qu'au moment même où le juge crée la règle jurisprudentielle nouvelle, il puisse l'écartier du cas à propos duquel la règle est énoncée. Il y a ici un obstacle majeur car « on ne saurait concevoir une dissociation entre création et application : le juge ne peut, dans un seul et même arrêt, formuler une règle nouvelle, et appliquer, à la solution de l'espèce, la règle antérieure », écrivait Jean Rivero. Et pour la seule raison écrivait-il, avec le talent d'expression qui était sa marque, que « la seule justification de son pouvoir normatif réside précisément dans la nécessité où le juge se trouve de donner, à la décision qu'il va prendre, le fondement d'une règle générale » (« Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA* 1968, p. 16). Nous ne sommes pas dans un système de « judge made law » où l'on peut reconnaître la légitimité d'un pouvoir normatif du juge indépendamment de l'exercice même de sa fonction juridictionnelle. Ce n'est pas que nous ne puissions pas reconnaître que le juge crée du droit. C'est que nous ne pouvons pas reconnaître qu'il puisse créer du droit comme une fonction détachée un tant soit peu de sa fonction juridictionnelle. Il est vrai que ce qu'il est difficile de concevoir, c'est d'écartier ce que l'on appelle la « rétroactivité individuelle » de la règle jurisprudentielle, c'est-à-dire son application immédiate au cas d'espèce à propos duquel la règle nouvelle est énoncée ou créée. Mais notre système ne saurait faire obstacle à ce que le juge, en créant la règle nouvelle et en l'appliquant au cas d'espèce, décide qu'il n'en fera pas application à tous les autres cas nés de situations antérieures et dont il viendrait à connaître. La régulation dans le temps pourrait ainsi protéger la sécurité juridique contre ce que l'on appelle la « rétroactivité générale » de la règle jurisprudentielle nouvelle.

D'autres difficultés apparaissent alors. Si on admet que le juge puisse décider de ne pas appliquer la règle jurisprudentielle nouvelle créée à propos d'un cas aux autres situations nées antérieurement, c'est nécessairement reconnaître à la règle ancienne une pérennité et le caractère d'un précédent de façon officielle. C'est en soi une révolution. Il faudrait en mesurer l'effet ou les effets potentiels dans notre système. Si l'on crée le précédent, on risque de créer la règle du précédent. On est conduit à réfléchir en retour sur les conditions dans lesquelles il est possible au juge d'abandonner ce précédent. On quitte le terrain assez libre où la Cour suprême, tout en respectant sa jurisprudence, peut en changer sans avoir à en justifier selon une méthodologie officielle. S'il existe des précédents, le juge peut-il même les modifier ? Si oui, dans quelles circonstances, nécessairement exceptionnelles, peut-il le faire ?

Bien sûr, comme on peut le lire dans le rapport Molfessis³³, « ce n'est pas la reconnaissance de la régulation dans le temps des revirements qui crée le pouvoir normatif du juge », mais, comme on vient de le voir, la reconnaissance de la régulation dans le temps des revirements implique un certain nombre de changements dans la conception du pouvoir normatif du juge et c'est peut-être ce qui est le plus difficile à concevoir ou même à admettre. Elle implique de reconnaître la règle d'origine jurisprudentielle en lui donnant ainsi la portée d'un précédent. Elle implique de mettre en place une détection de ces précédents selon des méthodes appropriées au système de droit civil et de tenter de mettre fin à toute plasticité ou relativité. Elle implique de donner un certain coup de frein, en retour, au phénomène du revirement de jurisprudence, et du moins de lui donner un encadrement institutionnel et méthodologique puisque le précédent a vocation à être respecté. Et elle implique de distinguer le revirement d'autres méthodes d'évolution de la jurisprudence, ce que, dans la pratique, nous n'avons pas l'habitude de faire.

33. N. MOLFESSIS, *op. cit.*, note 26.